

InDret
REVISTA PARA ELWWW. INDRET.COM
ANÁLISIS DEL DERECHO

Ciencia como discurso de legitimación racional

Recensión a Günther JAKOBS, *El Derecho penal como disciplina científica*, Cizur Menor (Thomson Civitas) Navarra, 2008, 107 págs.

Fernando Guanarteme Sánchez
Lázaro

Universidad de La Laguna

BARCELONA, JULIO DE 2009

I.

En la SAP Madrid 17/2007, de 7 febrero, se impone a un ciudadano como autor de un delito de tráfico de drogas, en su modalidad agravada de sustancias que causan grave daño a la salud, una pena de 3 años y 1 día de prisión y multa de 50.000 euros, apreciándose una atenuante analógica de miedo insuperable. En relación con este último aspecto, llama la atención la consideración del miedo insuperable como mera atenuante analógica pese a que –según se expone en los hechos probados– el acusado “sufrió en enero de 2004 una agresión por personas desconocidas que le causaron una fractura máxilofacial, le cortaron parte de la oreja izquierda, le produjeron hematomas en los ojos y otras lesiones que se describen ... en el informe médico obrante en autos..., y ello... como consecuencia de la deuda que mantenía con determinadas personas..., el acusado... ‘había pedido dinero a esta persona y solo le pudo pagar... los intereses’..., ‘en el mes de enero le atacaron le llevaron a una casa y le dijeron que la única forma de solucionarlo era que hiciera este viaje’..., ‘le amenazaron’... y de forma indirecta amenazaron también a sus hijas menores”¹. En este contexto, se apunta al respecto que el miedo era “vencible..., pues de las pruebas practicadas en el acto del juicio oral se acredita la manifestación del acusado de que tenía miedo de que hicieran daño a su familia ya que conforme a la documental médica aportada en el acto del juicio oral ya había sido agredido el acusado para obligarle al pago de la deuda de una u otra forma, si bien este temor no parece de gran intensidad, no ha concretado en que consistía el temor, si era por su vida, la de su familia, etc.”². Ello, la falta de concreción e intensidad, en relación con una persona a la que han extirpado – subrayo – “parte de la oreja izquierda”³.

Esta aplicación técnica de la eximente sexta resulta, ciertamente, cuestionable. Así, la intensidad del temor como su concreción pueden inferirse de los hechos probados: las amenazas se han concretado ya en lesiones y éstas permiten calibrar, a su vez, la intensidad del temor argüido –certeza de las amenazas, gravedad, entre otros aspectos. Pero el interés aquí, se centra en la argumentación expuesta. Se trata de –meros– problemas de prueba, en concreto, relativos a la intensidad y concreción del temor esgrimido por el acusado. Al respecto, se señala en la presente obra: “lo que distingue el trabajo científico de la elaboración erudita de la materia jurídica es que aquél comienza por la cuestión de la legitimidad”⁴. Luego, si –más allá de cuestiones de prueba y de los diversos presupuestos típicos de la eximente sexta– se aborda esta otra cuestión –de la legitimidad, este discurso de aplicación subiría algunos peldaños. Más concretamente, en relación con el concepto de culpabilidad, avanza el profesor de Bonn que éste se orienta “según las necesidades de estabilización de la sociedad, y éstas son pequeñas respecto de los defectos cognitivos, y grandes cuando se trata de defectos volitivos”⁵, como es el caso de los supuestos de miedo insuperable. Se trata de la culpabilidad como “la justificación de la necesidad de castigar en una determinada medida para confirmar la vigencia del Ordenamiento frente a los

¹ Fundamento jurídico cuarto.

² SAP Madrid 17/2007, de 7 de febrero.

³ SAP Madrid 17/2007, de 7 de febrero.

⁴ JAKOBS, *El derecho penal como disciplina científica*, (trad. de Álex van Weezel), Cizur Menor (Thomson Civitas) 2008, p. 13, por ejemplo.

⁵ JAKOBS, *El derecho penal como disciplina científica*, 2008, p. 94.

ciudadanos fieles al mismo”⁶. Luego, si se apuntase que la gravedad de la acción realizada “es un dato valorable para medir la resistencia exigible al intimidado. Y en este caso la acción descrita, “encaminada a introducir en el mercado un kilo y medio de heroína, con una riqueza próxima al 50%, lo que dada su grave nocividad para la salud, exigía una resistencia extrema”⁷, ya se estaría elevando el nivel del discurso jurisprudencial: legitimando el agotamiento de los márgenes de exigibilidad –“resistencia extrema” – sobre etéreas razones de prevención general⁸.

Se trata, en este otro pronunciamiento, de una ciudadana a la que se condena como autora de un delito de tráfico de drogas, a la pena de 2 años y 3 meses de prisión y multa de 37.000 euros. En la sentencia, se arguye sobre las citadas razones de prevención, “que el miedo insuperable no concurre en toda su plenitud, aunque sí lo suficiente para mermar considerablemente la capacidad electiva de la procesada, sin llegar a producir la anulación de la misma”, y ello pese a relatarse con anterioridad que, en la situación de presión a la que se encontraba sometida esta persona, no le quedaba “más remedio que aceptar la realización... [de la referida conducta] para evitar que las amenazas de muerte sobre su persona y de muerte y secuestro de sus hijas se hicieran realidad”⁹. Sobre la irracionalidad de esta decisión, me he pronunciado con detalle en otro lugar¹⁰. Aquí, de momento, cabe avanzar que una disciplina que sitúe su cientificidad sobre tal nivel discursivo –esto es, como mera cuestión temática: legitimidad– sin ulteriores matices, no dota de excesivo significado a este concepto. En particular, cuando se asume que tales propuestas de legitimación “no pueden llegar a ser algo más que plausible”¹¹, sin ulteriores discriminaciones –tampoco– en relación con el grado de plausibilidad¹². Pues se trata en definitiva, de eso, a lo sumo, de la plausible realización –insisto– de plausibles razones preventivas a costa de posiciones iusfundamentales bien concretas: 2 años y 3 meses o 3 años y 1 día de privación de libertad, como en los citados ejemplos. Quizá la imposición de esta pena favorezca en alguna medida el bien jurídico salud pública, quizá no. Como quizá también, *Houellebecq* consiga en su día el Nobel de literatura –quizá no. En cualquier caso,

⁶ Así, ya JAKOBS, *Schuld und Prävention*, Tübingen (Mohr) 1976, pp. 8 y s.; en términos similares, p. 33: “die Grenze, die durch eine vom generalpräventiven Zweck bestimmte Schuld gesetzt wird, verläuft also nicht da, wo sie nach Meinung der ‘guten Bürger’ als der Adressaten von Schuld und Schuldstrafe laufen müßte, sondern wo sie laufen muß, um Normvertrauen zu erhalten. Es geht nicht um das, was der Delinquent nach allgemeiner Meinung ‘verdient’ hat, sondern um das zur Erhaltung des Vertrauens Notwendige”.

⁷ STS 778/2004, de 17 junio, fundamento jurídico segundo.

⁸ Ilustrativo JAKOBS, *El derecho penal como disciplina científica*, 2008, p. 20: “hay textos de muy diversa naturaleza que guardan relación con el Derecho penal, ¿en qué se distinguen los que tienen carácter científico?”.

⁹ STS 778/2004, de 17 junio, fundamento jurídico segundo.

¹⁰ También, en particular, sobre la necesidad de evaluar la constelación de soluciones que, por lo general, permiten los casos difíciles en aras de una solución más racional de los mismos, cfr. SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal. Un segundo desarrollo, de la mano de algunos problemas de miedo insuperable*, Granada (Comares) 2009, pp. 212 y ss.

¹¹ JAKOBS, *El derecho penal como disciplina científica*, 2008, p. 99.

¹² Al respecto, ilustrativo ALEXY, Robert: “La fórmula del peso” (trad. castellana de Carlos Bernal Pulido), en EL MISMO, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 2ª ed., Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) Madrid, 2007, pp. 351 y ss.

a la primera especulación le han seguido los costes iusfundamentales señalados¹³, lo que acentúa los márgenes de incertidumbre de la propuesta de legitimación del Profesor de Bonn.

Pero vayamos por partes.

II.

La obra comienza con unas palabras preliminares en las que el autor avanza la tesis de la obra: “lo que distingue el trabajo científico de la elaboración erudita de la materia jurídica es que aquél comienza por la cuestión de la *legitimidad* del ordenamiento jurídico respectivo”, quedando todo lo demás, “especialmente la ordenación de la materia en un sistema”, así como el dominio y desarrollo de la praxis, en niveles posteriores¹⁴. Sobre esta idea, JAKOBS somete a discusión la pertenencia de la obra de *von Frank*, “Comentario al Código penal del Imperio alemán y su ley introductoria”, al sistema de la ciencia (p. 16). Avanza, ya que en esta obra el autor “se limita al tratamiento de problemas de conexión e interacción *al interior* del Derecho, mientras que no plantea la pregunta acerca de las conexiones e interacciones *del Derecho con la sociedad*, o al menos no lo hace de forma abierta” (p. 17). JAKOBS precisa algo más su tesis de la “ciencia como crítica de legitimación”: “la ciencia del Derecho penal debe dar respuesta a la pregunta acerca de cuál Derecho penal es legítimo en una época determinada y cuál no lo es..., debe señalar qué discurso acerca de lo justo y lo injusto, en una época determinada, es un discurso *verdadero*, la *verdadera* expresión de la constitución normativa de la sociedad... corresponde a la ciencia elaborar la autocomprensión normativa de su tiempo, reconducir el conjunto de las instituciones jurídicas al fundamento que les da legitimidad”¹⁵; y proceder a rastrear las huellas de este discurso a lo largo de los cuatro últimos siglos.

En esta línea, JAKOBS refrenda primeramente la designación de *Carpzov* “como «el verdadero fundador de una ciencia penal alemana del Derecho común», y como «el jurista alemán quizá más influyente tanto en la práctica como en la ciencia»” (p. 26), en tanto que en su obra se ofrece un conjunto armónico de proposiciones dogmáticas jurídico-penales que pertenecen a la praxis judicial y “se hallan legitimadas por autoridades y en este sentido son verdaderas en su tiempo”¹⁶. Frente a este pensamiento, la Ilustración sitúa “el entendimiento y la razón, antes que la autoridad”, de modo que la ciencia del Derecho

¹³ Sobre el déficit empírico de este discurso, últimamente, v. HIRSCH, Hans-Joachim, “Über Irrungen und Wirrungen in der gegenwärtigen Schuldlehre”, en DANNECKER (coord.), *Festschrift für Harro Otto*, Köln (Carl Heymann) 2007, pp. 322 y ss.

¹⁴ JAKOBS, *El derecho penal como disciplina científica*, 2008, pp. 11, 13, 21 y ss., 23: “el orden del material existente según conceptos o fines es el presupuesto necesario de cualquier aplicación consecuente del Derecho y no una tarea específica de la ciencia”.

¹⁵ JAKOBS, *El derecho penal como disciplina científica*, 2008, p. 22; igualmente, p. 23: “la ciencia..., pone en relación el Derecho con el espíritu de su tiempo y ordena, pero al mismo tiempo le reconoce o le desconoce legitimidad a tal Derecho a partir de ese espíritu”.

¹⁶ JAKOBS, *El derecho penal como disciplina científica*, 2008, p. 27, explicando que “el «programa» según el cual *Carpzov* separa las proposiciones verdaderas de las no verdaderas se caracteriza [entre otras razones] por su apego a la autoridad y a las leyes positivas”; p. 29: “para *Carpzov* la autoridad de «los antiguos» y de «lo antiguo» es sin lugar a dudas determinante, y esto lo separa de la Ilustración que todo lo cuestiona”.

penal ilustrada deja de “transmitir antiguas legitimaciones para crear una nueva legitimación” (p. 31).

En este otro marco, el Derecho penal pasa a concebirse como “instrumento, fundado en la razón, de la sociedad civil, la cual a su vez ha de ser un instrumento fundado en la razón para garantizar la libertad de los ciudadanos”. Se trata, con otras palabras, del “Derecho, el Derecho penal, como condición de la libertad” (p. 32), pero también en cuanto parte de la estructura normativa de la sociedad, de modo que “no sólo no hace desaparecer la libertad, sino que guarda relación con las condiciones bajo las cuales dicha libertad es posible como realidad socialmente reconocida, concretamente, como libertad de personas, de portadores de derechos y obligaciones y no de individuos pensados con anterioridad al Derecho” (p. 33). El desplazamiento de lo anterior por las nuevas razones de legitimidad –con el advenimiento de la Ilustración– impedirá, en adelante, ir más allá de lo plausible; en palabras de JAKOBS: “las afirmaciones de la ciencia penal sólo son «verdaderas» en el sentido de «ciertas» cuando su contenido es trivial” (p. 35). Se trata ahora, de justificar “que tanto el método... como el material empleados corresponden a una sociedad de libertades” (cfr. pp. 35 y ss).

En el primer estadio de desarrollo de este pensamiento, subraya en la obra de *Feuerbach* como bajo la exigencia de “precisión en lugar de arbitrariedad”, se trata de situar la “razón en lugar de argumentos de autoridad”: “un espíritu en lugar de muchas historias” (cit. p. 39). En este marco, la moral se extirpa del contenido del Derecho “y pasa a servir sólo como un fundamento posible en la determinación de lo único que el Derecho ha de proteger, la libertad, incluso en los casos en que dicha libertad es utilizada de un modo inmoral” (cit. p. 42). De esta forma, lo punible se centra en la infracción de los deberes negativos –*neminem laedere*– mientras que la infracción de deberes positivos –no mejoramiento de esferas jurídicas ajenas– precisa de “un fundamento jurídico especial” que fundamente su punibilidad, sin que baste a tal efecto la apreciación de meras obligaciones morales; luego, “es preciso mostrar, respecto de cada tipo delictivo, cómo su realización lesiona un derecho de una persona o del Estado. Los tipos penales provenientes del Derecho romano..., deben desmembrarse en lesiones específicas de derechos y, cuando ello no es posible, desestimarse” (p. 44). En este esquema, la pena se explica –no sin fricciones, cfr. pp. 46 y ss.– mediante la teoría de la coacción psicológica.

En un siguiente momento, la escuela hegeliana sugiere la comprensión de la pena como afirmación o reconstitución del Derecho y de ese modo, también, el “reconocimiento de la racionalidad del delincuente, que mediante la pena no es eliminado como si fuera una fuente de peligro, sino «honrado como el ser racional» que es” (p. 50). En cuanto a su medida, se sugiere ahora, atender a la “peligrosidad de la acción para la sociedad”, desplazando esta perspectiva a la –de la individualidad del agente– presente en la comprensión de *Feuerbach*. Más concretamente, apunta JAKOBS, en relación con el pensamiento de *Köstlin*: “el Derecho es la condición del bien común, y por eso un delito no es sólo «la lesión de una posición jurídica aislada», sino al mismo tiempo de un bien general: a todos se les escamotea algo y todos tienen un motivo para sentirse inseguros” (p. 53). De este modo se permiten márgenes para la prevención general: la pena debe evitar

que el cimiento cognitivo de las normas sea erosionado, si bien ello no excluye la “sanción correctiva ni la intimidación” (p. 54).

El modelo positivista sugiere –en un tercer momento– “una ruptura radical con las tradiciones científicas de los últimos cien años”, el objeto de la ciencia del Derecho penal se agota ahora –en palabras de *Loening*– en el “conocimiento del Derecho positivo existente y vigente, en toda su extensión y profundidad”, lo que sólo es posible sobre el “fundamento del conocimiento histórico” (pp. 57 y s.). La cuestión sobre la posibilidad de reducir la coacción y la libertad en Derecho a un común denominador se resuelve, entonces, a través de la positividad del Derecho (cfr. pp. 58 y ss): “al concepto de orden pertenece el concepto de la racionalidad. Un orden científico del género humano no puede renunciar a comprender tal orden en su racionalidad, ni a someterlo a prueba desde el punto de vista de su capacidad para alcanzar fines. En el mismo instante en que la ciencia del Derecho positivo toma consciencia de esta necesidad, aparta su mirada de la contemplación de las proposiciones de la voluntad jurídica para concentrarse en las cuestiones del ‘por qué’ y del ‘para qué’, que residen fuera de dicha voluntad”¹⁷.

Al pensamiento positivista, lo sucede una orientación de la pena hacia “la protección de intereses, la investigación de las causas de la delincuencia, las estadísticas sobre reincidencia, la decidida sustracción de los delincuentes juveniles del ámbito del Derecho penal general, el desplazamiento de las penas cortas privativas de libertad (porque más corrompen al delincuente que lo resocializan)”, entre otros aspectos (cfr. pp. 62 y ss.). Se trata, en palabras de *von Liszt*, de que la pena correcta, es decir, justa, pasa a ser la pena necesaria; más concretamente: “fin de la pena ha de ser la protección de intereses mediante una intervención sobre el autor del hecho, concretamente, mediante la «corrección de los delincuentes susceptibles de ser corregidos, la intimidación de los que no necesitan de corrección» y la exclusión, «la inocuización de los que no son susceptibles de corrección»”¹⁸. Esta idea de legitimación se corresponde con una autocomprensión social en la que los ciudadanos se muestran, en palabras de JAKOBS, como “propietarios dedicados a maximizar sus intereses, para los cuales el delincuente más que un conciudadano es un factor perturbador; un factor perturbador complejo,... pues perturba mediante actos voluntarios culpables, pero que a fin de cuentas eso es lo que hace: perturbar” (p. 72).

Nuevamente, en el segundo tercio del pasado siglo, comienza a pasarse otra página escrita, esencialmente entonces, por Hans Welzel: “«la realidad que sirve de fundamento al Derecho» no es la de las ciencias naturales, sino por el contrario la de la vida social», es decir, de la vida ordenada *según un sentido*... ya que la acción es un «fenómeno social», un

¹⁷ JAKOBS, *El derecho penal como disciplina científica*, 2008, pp. 60 y s.; igualmente ilustrativo, p. 61 y s.: “los conceptos jurídicos quieren ser comprendidos a partir del contexto de la historia, desde la totalidad del lenguaje jurídico y de la vida jurídica de una época determinada, y no simplemente analizados con el instrumental del lenguaje cotidiano”.

¹⁸ JAKOBS, *El derecho penal como disciplina científica*, 2008, p. 64; la idea de sistema tiene un significado importante en este modelo, p. 68: “la ciencia penal ha de contribuir a la protección de intereses por la vía de «hacer fácil y segura la aplicación de las proposiciones jurídicas a los hechos de la vida jurídica», y ello a través del «conocimiento sistemático de las proposiciones jurídicas»”.

«fenómeno de la existencia en sociedad» y al mismo tiempo una «expresión de sentido», entendiéndola la misma, no obstante, como “actuar en el sentido más estricto y restringido”, esto es, “como actividad humana según fines”, luego, “individual” (pp. 74 y s.). JAKOBS apunta aquí la resistencia a este modelo que ofrece la imprudencia inconsciente o – brevemente, también – la responsabilidad derivada de comportamientos omisivos (cfr. pp. 77 y ss.), y sitúa en la adecuación social, y más concretamente, en el “desplazamiento de la cuestión desde la causación o no final del resultado hacia el *significado* de la conducta... el aporte esencial de *Welzel* a la legitimación del Derecho penal en la actualidad”¹⁹. El creciente desmembramiento del pensamiento en aras de la maximización de instituciones concretas, perenne en el pensamiento actual, se corresponde – apunta – con una sociedad que plantea “a la ciencia penal en este período gran cantidad de preguntas de detalle, pero ninguna pregunta de carácter comprensivo” (p. 83), acercándonos al estado actual de la mano de tres de las cuestiones que más interés han suscitado en estos últimos años.

Así, en relación con la teoría de la imputación objetiva, JAKOBS subraya su vinculación con la estructura de la sociedad: “un proceso dañoso puede atribuirse a la conducta de una persona cuando ha sobrepasado el riesgo que, de acuerdo a su rol, le estaba permitido crear (transgresión del riesgo permitido), pero también... a la misma víctima, que no ha cumplido con sus obligaciones de autoprotección (actuación a propio riesgo), o exclusivamente a una tercera persona, que ha torcido en la dirección dañosa la conducta estereotipadamente inofensiva de otro (prohibición de regreso) o, por último, puede cargarse a la cuenta de la víctima como mera casualidad (*casum sentit dominus*)”²⁰. Se advierte aquí como lo que interesa en el juicio de imputación es la significación social de la conducta: “el fundamento legitimante para entender el hecho como injusto ya no es la peligrosidad del individuo ni su equivocada autoconducción, sino la *ruptura del rol*: el delincuente se aparta de su rol como ciudadano fiel al Derecho” (p. 89). Igualmente, el concepto de culpabilidad se entiende, en este modelo, como la falta de “la fidelidad al Derecho que el ordenamiento jurídico exige a una persona”, se trata de que el delincuente “quebranta el rol de quien es fiel al Derecho no sólo con su comportamiento externo, sino también con su motivación (ambos aspectos constituyen un todo)” (p. 90). En cuanto al contenido de éste, apunta: “el rol de persona fiel al Derecho es, por consiguiente, un rol construido socialmente con el fin de hacer posible la estabilidad de una estructura normativa, y ello es tan evidente, que en todas partes se considera como justo”. Esta estructura se manifiesta, en particular, en relación con el elemento volitivo, en tanto que “el seguimiento de las normas jurídicas no siempre responde a los intereses del individuo” (pp. 91 y ss.), y determina la magnitud de la infracción: “la magnitud del deber se orienta..., según las necesidades de estabilización de la sociedad, y éstas son pequeñas

¹⁹ JAKOBS, *El derecho penal como disciplina científica*, 2008, p. 82; ilustrativo, pp. 80 y s.: “«en la función de los tipos, consistente en delinear los ‘modelos’ del comportamiento prohibido queda de manifiesto que las formas de conducta seleccionadas en ellos poseen un carácter social, es decir, que se hallan referidos a la vida en sociedad»... *Welzel* se refiere a la variabilidad del sentido social, a su naturaleza histórica, y complementa de esta forma la estructura lógico-objetiva de la acción con el espíritu «material» de la sociedad, que no es necesariamente un espíritu «objetivo», pero sí un espíritu social”.

²⁰ JAKOBS, *El derecho penal como disciplina científica*, 2008, pp. 87 y s.; igualmente ilustrativo, p. 85: “una sociedad organizada sobre la base de la división del trabajo tiene una teoría de la intervención delictiva diversa de la que tiene una sociedad en la que todos son potencialmente competentes por todo”.

respecto de los defectos cognitivos, y grandes cuando se trata de defectos volitivos”. Así, entiende JAKOBS que “en una compleja sociedad de masas, en la cual los contactos anónimos son la regla general, no es posible constituir a la persona mediante la suma de «individualidad» y «dignidad», sino que la persona es un centro de derechos y obligaciones construido por la sociedad” (p. 96). Finalmente, en relación con la teoría de la pena, explica que “toda norma requiere de una cimentación cognitiva, si ha de proporcionar realmente orientación”, y “el delincuente daña esta cimentación cognitiva de la norma, y por ello debe... reparar el daño, es decir entregar tal cantidad de bienes – libertad, dinero– que su decisión de cometer el hecho aparezca a posteriori como incomprensible, según un juicio general. Ello confirma a todos en su fidelidad al Derecho y especialmente a las potenciales víctimas en su confianza en la norma, ya que el hecho ha sido presentado como un camino inadecuado para obtener ventajas especiales” (p. 98). Apunta, en relación con otros modelos con menores márgenes especulativos, que estos ya no atienden al delincuente como *persona*, sino como “*individuo* y a las posibilidades de manipularlo” (p. 99).

Tras este recorrido, JAKOBS nos lleva nuevamente al comienzo para reafirmar su tesis: “propio de la ciencia penal... [es] dar respuesta a la pregunta de la legitimidad, de la verdad del Derecho penal, conforme a su tiempo”, que sitúa, en el pensamiento funcionalista, en su explicación a partir de las condiciones de existencia de una sociedad de libertades normativamente estructurada (p. 102). Trata de rechazar aquí posibles objeciones de cariz colectivista: “las personas que son constituidas por el reconocimiento social en portadoras de derechos y obligaciones, adquieren en esta vinculación social una existencia real y no meramente imaginada” (pp. 102 y s.). En relación con el caso problemático, la científicidad de la obra de *von Frank*, concluye que la cuestión de la legitimación es ajena a la misma, por ello mantiene que su comentario “no es en lo fundamental una obra científica, sino por el contrario una ayuda brillante para la toma de decisiones en el sistema jurídico” (pp. 106 y s.), lo que en ningún caso debe interpretarse como un menosprecio de su obra, pues ello no prejuzga su genialidad, ni la ciencia agota el contenido de una disciplina, en tanto que éstas –en palabras del profesor de Bonn– “tienen también el deber de ocuparse de la praxis” (p. 107).

III.

La tesis que se plantea en esta obra, ciencia como crítica de legitimación, resulta en principio, atendible. Así, frente a los discursos estrictamente sistémicos –como por ejemplo, los relativos a la estructura de los diversos constructos de parte general o las implicaciones de su concreta ubicación en el Código– cabe convenir como función de la ciencia el “señalar qué discurso acerca de lo justo y lo injusto, en una época determinada, es un discurso *verdadero*”²¹. También, en la respuesta que el autor ofrece desde el funcionalismo: “legitimación del Derecho penal a partir de las condiciones de existencia de una sociedad de libertades normativamente estructurada” (p. 102). Y en un siguiente nivel

²¹ JAKOBS, *El derecho penal como disciplina científica*, 2008, p. 22, igualmente, ilustrativo: “corresponde a la ciencia elaborar la autocomprensión normativa de su tiempo, reconducir el conjunto de las instituciones jurídicas al fundamento que les da legitimidad”.

de concreción, cabe asumir igualmente, algunas de las líneas que esboza sobre la imputación objetiva: “una sociedad organizada sobre la base de la división del trabajo tiene una teoría de la intervención delictiva diversa de la que tiene una sociedad en la que todos son potencialmente competentes para todos” (p. 85). Se trata de que el grado de normativización de los materiales se corresponde con la creciente complejidad de la configuración normativa de la sociedad, también de que ésta impregna los contenidos de aquéllos. Por ello, en términos de responsabilidad, parece conveniente preguntar por competencias —frente a otro tipo de razones: causalidad, posiciones fenotípicas, etcétera— pues facilita la resolución de las responsabilidades según las instituciones que estructuran a aquélla —la sociedad (cfr. pp. 87 y ss.). Ahora bien, la tesis esbozada precisa de ulteriores desarrollos, pues si toda propuesta de legitimación supone una obra científica, se dota de escasa capacidad discriminatoria a este concepto: ciencia como campo temático —legitimación; también se favorecen fricciones conceptuales, en tanto que una propuesta de legitimación en buena medida intuitiva —y por tanto, en buena medida irracional— torna —en tanto que irracional— en un discurso ilegítimo de aplicación, esto es: en discurso arbitrario y, por tanto, —en un discurso científico, esto es, de legitimación— ilegítimo en su aplicación jurisprudencial²², por poner otro ejemplo. Igualmente, resulta cuestionable la simplificación de la culpabilidad como mera necesidad preventiva, lo cual no se corresponde con la compleja constitución normativa de una sociedad de libertades. Mientras que una teoría científica de la pena debiera desarrollar mayores márgenes de rendimiento y ofrecer, en lugar de etéreas hipótesis preventivas, una ponderación de las diversas consecuencias jurídicas, de los diversos costes y márgenes de rendimiento —en los diferentes planos de racionalidad en los que fungen las mismas, por poner otro ejemplo. En este sentido, parece que una aserción científica debe ir más allá, por ejemplo, de una especulación sobre el próximo premio Nobel o el futuro papel del Wolfsburgo en la Liga de Campeones. Y es que no muy lejos de este nivel intuitivo se mueve la STS 778/2004, de 17 junio, cuando impone —sin embargo— una pena de 2 años y 3 meses de privación de libertad²³, aun cuando se preocupe de la cuestión de su legitimidad mediante las especulaciones antes expuestas.

En esta otra línea, frente a la tesis recogida en la obra, parece preferible el desarrollo de una concepción más restrictiva de la científicidad. En lugar de una comprensión por razón del objeto del discurso —en cuanto discurso de legitimación, entendemos preferible una comprensión que —más allá del objeto— atienda a su calidad, de forma que se evitasen en mayor medida inconsecuencias conceptuales, de modo que los discursos de legitimación irracional —y en general, los “trabajos miserables” (p. 107)— se negasen ya como acientíficos, atribuyendo así a este concepto una mayor capacidad de discriminación acorde con su contenido semántico más propio. Ciertamente, esta otra hipótesis en la medida que atiende tanto al objeto como a la calidad del discurso precisaría de ulteriores desarrollos: la calidad del discurso depende de su contenido, por tanto, se precisan criterios para proceder al análisis y evaluación del concreto discurso de legitimación. Sobre tales desarrollos,

²² Cfr. ALEXY, “La fórmula del peso”, en EL MISMO, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 2ª ed., 2007, p. 349.

²³ Cfr. fundamento jurídico segundo.

parece plausible situar el umbral de la ciencia —un peldaño por encima del sugerido por JAKOBS, esto es— a partir de un *discurso de legitimación racional*.

Esta otra comprensión —sobre el análisis y evaluación de nuestro discurso— nos remite al análisis y evaluación de sus razones: ¿cómo se analiza una argumentación de Derecho penal?, y en concreto, ¿la argumentación recogida en la STS 778/2004, de 17 junio?, ¿cómo evaluar ésta?²⁴ Aquí, nos limitamos a señalar que en nuestra disciplina se opera, esencialmente, mediante ponderaciones, que incluso lo que parecen operaciones de subsunción se reducen —por lo general— a ponderaciones sobre la extensión de un concreto término jurídico. Así, por poner un ejemplo, en relación con una cuestión como el concepto de trabajador en el sentido del art. 316 del Código penal español, entran en consideración razones de proporcionalidad, razones sistemáticas, entre otras muchas posibles en uno u otro de los posibles sentidos —extensivo, restrictivo, jurídico-laboral, etcétera. En cuanto a la evaluación de las razones —a ponderar, desde la teoría de la argumentación jurídica se apuntan tres distintas variables: valor —o peso— abstracto, intensidad de la intervención —o correlativamente, de satisfacción— y base empírica²⁵. En este último sentido, una propuesta de legitimación del Derecho penal sobre razones que apenas permiten establecer márgenes de satisfacción o que se agotan en hipótesis especulativas con ausencia de base empírica, quizá baste para su calificación como científica, en tanto que aserciones plausibles, luego: no evidentemente falsas²⁶. Ahora bien, mediante este esquema la cientificidad tornaría una magnitud graduable —en función del peso, márgenes de satisfacción y base empírica del concreto discurso de legitimación. En este otro sentido, propuestas del estilo “la magnitud del deber se orienta..., según las necesidades de estabilización de la sociedad” (p. 93) mostrarían una cientificidad moderada: ¿valor abstracto de las razones?, ¿márgenes de satisfacción?, ¿base empírica? Pero con ello nos adentramos en la segunda de las cuestiones planteadas.

Una comprensión de la ciencia como discurso de legitimación racional obliga, en un segundo momento, a una evaluación dialéctica de nuestros materiales discursivos: ¿por qué agotar márgenes de exigibilidad sobre razones de prevención general?, por poner un primer ejemplo. Ello se corresponde igualmente, con el grado de complejidad de la configuración normativa de nuestra sociedad. Así, las declaraciones del anterior ministro de justicia, rechazando —frente a las demandas de significativos colectivos sociales en este sentido— una ulterior agravación y endurecimiento de la ley penal del menor revela que no se trata únicamente de “las necesidades de estabilización de la sociedad” (p. 93)²⁷; igualmente, aserciones del tipo: “es una exigencia constitucional no sólo castigar sino

²⁴ Al respecto, con detalle, SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: Una teoría de la argumentación jurídico-penal, cit. n. 10, pp. 158 y ss., 175 y ss., respectivamente; en un primer estadio, igualmente v. EL MISMO: “Una teoría de la argumentación jurídico-penal. Un primer esbozo, sobre el ejemplo del bien jurídico protegido en el artículo 318 bis del Código penal español”, Doxa, 2009/I, en prensa.

²⁵ Con detalle ALEXY, en EL MISMO, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 2ª ed., 2007, pp. 358 y ss.

²⁶ ALEXY, en EL MISMO, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 2ª ed., 2007, pp. 358 y ss.

²⁷ Cfr. <http://www.elpais.com/edigitales/entrevista.html?encuentro=3373>.

también posibilitar la reinserción social del castigado”²⁸, o el discurso contrario a la custodia de seguridad —y en general, contra el Derecho penal de autor²⁹, por poner otros dos ejemplos. Se trata de que tales necesidades de estabilización tienen lugar dentro de una concreta constitución normativa y éstas, se satisfacen racionalmente —luego, legítimamente— en tanto se corresponde con las comprensiones normativas de tal sociedad —que distan de agotarse en tales necesidades de prevención. En este sentido, cuando el artículo 10 de la CE establece que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son el fundamento del orden político y de la paz social” condiciona igualmente la imputación de responsabilidades. Aserciones del tipo “aquello que se acostumbra a considerar como «justo» se legitima por medio de su necesidad social” (p. 96)³⁰, simplifican en exceso la imputación y se centra en uno de los elementos que modelan la misma —las necesidades sociales de confirmación normativa. Sin embargo, las declaraciones del ministro de justicia revelan que éstas no siempre se pueden satisfacer mediante sucesivas modelaciones del juicio de reproche. Y sólo cuando se descienden ulteriores peldaños argumentativos, se atienden las diversas razones en conflicto, y se justifica por qué procede agotar el principio de culpabilidad —esto es, los márgenes de exigibilidad— sobre razones de prevención general, y en definitiva, se justifica en el marco de nuestra constitución jurídica los valores adscritos a tales principios y el resultado de la ponderación realizada —2 años y 3 meses de privación de libertad— se articula un discurso de legitimación racional. Discursos intuitivos —luego, irracionales— de legitimación debieran excluirse —en tanto que irracionales, “miserables” (p. 107), luego, ilegítimos— del ámbito de la científicidad.

Estas reflexiones resultan en buena medida aplicables a la teoría de la pena. En este sentido, una propuesta de legitimación —“conservación de la vigencia de la norma” (cfr. pp. 96 y ss.), “«entregar» tal cantidad de bienes... que su decisión aparezca a posteriori como incomprensible, según un juicio general” (p. 98, cursiva añadida), “intimidación... según la medida del incentivo que el hecho cometido, y sólo él, ha podido generar” (p. 99, cursiva añadida)— con un excesivo componente intuitivo, reflejaría correlativamente un moderado contenido de científicidad. Frente a ello, parece que si un supuesto de hecho —por ejemplo, SAP Bizkaia 58/2004, de 13 julio— admite, entre otras, las siguientes soluciones:

²⁸ <http://www.elpais.com/edigitales/entrevista.html?encuentro=3373>.

²⁹ Sin embargo, JAKOBS, *El derecho penal como disciplina científica*, 2008, pp. 104 y s.: “un ciudadano que delinque una y otra vez y que previsiblemente no va a modificar su comportamiento en el futuro, no puede seguir recibiendo el tratamiento de un ciudadano en el sentido pleno del concepto, pues falta la cimentación cognitiva de su fidelidad al Derecho. Por eso, pierde su estatus de persona conforme al Derecho, en la medida en que, por ejemplo, se le somete a una medida preventiva de privación de libertad como es la custodia de seguridad”; es más, apunta en p. 105: “la ciencia del Derecho no puede cerrar los ojos frente a este límite cognitivo de la realidad normativa -visto desde el Derecho: frente a esta «suciedad» de la realidad-, si no quiere perderse en lo que carece de realidad”.

³⁰ En términos similares, JAKOBS, *El derecho penal como disciplina científica*, 2008, p. 92: “el rol de persona fiel al Derecho es, por consiguiente, un rol construido socialmente con el fin de hacer posible la estabilización de una estructura normativa, y ello es tan evidente, que en todas partes se considera como justo”; con carácter general, p. 102: “la explicación funcional busca «detrás» de lo que se considera «justo» la finalidad social quizá imperceptible a primera vista, su necesidad para la existencia social”.

1. absolver al autor de un delito de asesinato, apreciando como completa la eximente de anomalía o alteración psíquica,
2. condenar, apreciando como incompleta esta eximente³¹,
3. absolver, apreciando como completa la eximente de miedo insuperable,
4. condenar, apreciando como incompleta esta segunda eximente o, en términos paralelos a lo solicitado por la defensa, y de forma subsidiaria, una atenuante analógica en relación con la misma³²,
5. condenar, apreciando como incompletas las eximentes de anomalía o alteración psíquica y miedo insuperable;

no cabe proceder formulando vagas hipótesis sobre la vigencia de la norma y la significación comunicativa de los hechos —no en presencia de tales costes iusfundamentales³³, sino ponderando las mismas —las diversas consecuencias jurídicas— en términos de racionalidad³⁴. Apunta JAKOBS la posibilidad de otros “modelos más seguros, incluso en algunos que disponen de un control de eficiencia” (p. 99); también, en un sentido negativo que estos “no se orientan según un delincuente considerado como persona..., sino que atienden al individuo y a las posibilidades de manipularlo”³⁵. Al respecto, cabe manifestar por una parte, la preferencia —en general— por modelos que permitan márgenes de eficiencia, frente a las sugerentes —pero, en definitiva— intuiciones del profesor de Bonn. Por otra, que medidas como, por ejemplo, el internamiento en un centro de deshabitación no descansan en la consideración del individuo y las posibilidades de manipulación, sino en el ciudadano, y encuentran su sustento en razones de libertad —o en términos normativos: imputabilidad— en tanto tendentes a superar el déficit de culpabilidad que legitima su imposición —cfr. arts. 101 y ss. CP. Señala igualmente que una teoría de la pena como la que propone “no puede llegar a ser algo más que plausible”. Pero lo plausible es también graduable: el CD Tenerife será el próximo campeón de liga, el FC Barcelona será el próximo campeón de liga, por poner dos ejemplos. Su teoría de la pena, con su alto contenido especulativo, se mueve a lo sumo en los niveles más bajos. Aserciones del estilo: la conducta “encaminada a introducir en el mercado un kilo y medio de heroína, con una riqueza próxima al 50%, lo que dada su grave nocividad para la salud, exigía una resistencia extrema”³⁶, en tanto que propuesta de legitimación que agota —sin ulteriores detalles, los márgenes o— razones de culpabilidad en aras de maximizar razones —menores— de prevención general, quedan ya fuera de la cientificidad.

³¹ Cfr. SAP Bizkaia 58/2004, de 13 julio, antecedente de hecho tercero.

³² Ibidem.

³³ Por lo demás, en relación con una política criminal comunicativa, me remito a lo manifestado en otro lugar SÁNCHEZ LÁZARO, “Alarma social y derecho penal”, Indret 1/2009, <http://www.indret.com/pdf/598.pdf>.

³⁴ Al respecto, SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal. Un segundo desarrollo, de la mano de algunos problemas de miedo insuperable*, Granada (Comares) 2009, pp. 97 y ss., 218 y ss.

³⁵ No obstante, v. JAKOBS, *El derecho penal como disciplina científica*, 2008, p. 47: “lo anterior puede considerarse sutilísima filosofía, pero no alcanza a ser buena ciencia penal, pues a ésta le compete también desarrollar una teoría acerca de la magnitud de las penas, y una teoría pura de la justicia o de la retribución de la culpabilidad no está en condiciones de hacerlo por falta de toda conexión con elementos empíricos”.

³⁶ STS 778/2004, de 17 junio, fundamento jurídico segundo.